

University of Groningen

Het Europees Openbaar Ministerie en het opportuniteitsbeginsel in Nederland

Geelhoed, W.

Published in:
Strafblad : tijdschrift voor wetenschap en praktijk

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Geelhoed, W. (2018). Het Europees Openbaar Ministerie en het opportuniteitsbeginsel in Nederland. *Strafblad : tijdschrift voor wetenschap en praktijk*, 16(6), 18-22. [54].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Strafblad 2018(6) 54 Het Europees Openbaar Ministerie en het opportuniteitsbeginsel in Nederland

19-12-2018

Auteur(s): Geelhoed, mr. dr. W.

Inleiding

Op 12 oktober 2017 stelde de Raad van de Europese Unie een Verordening vast waarbij het Europees Openbaar Ministerie (EOM) werd opgericht.¹ Dit EOM is belast met de opsporing en vervolging van fraude en corruptie met EU-gelden, waarbij vervolging wordt ingesteld bij de nationale rechtbanken. Het bestaat uit een centraal bureau met een Europese hoofdaanklager en uit elke lidstaat één Europese aanklager. De Europese aanklagers zijn verdeeld over permanente kamers die de operationele beslissingen nemen over het instellen van opsporingsonderzoeken en vervolgingen. De feitelijke uitvoering daarvan ligt bij gedelegeerde Europese aanklagers. Dit zijn nationale officieren van justitie die ook een Europese functie hebben, waaraan hun nationale taken ondergeschikt zijn. Deze hybride structuur zal in de beginfase van het EOM veel vragen oproepen over taakverdeling en effectiviteit.²

Omdat de lidstaten in de Raad geen unanimitie konden bereiken is het EOM bij versterkte samenwerking opgericht, waaraan Nederland in eerste instantie niet wilde mee doen. Later heeft Nederland zich alsnog aangesloten.³ Het is de bedoeling dat het EOM zijn werkzaamheden nog in 2020 kan aanvangen,⁴ wat betekent dat er vanaf dat moment ook in Nederland opsporingsonderzoeken en vervolgingen zullen worden aangestuurd vanuit een Europese instelling. Hieronder bespreek ik de betekenis van het EOM vanuit een typisch Nederlands perspectief waarin veel waarde wordt gehecht aan het opportuniteitsbeginsel. Het draait daarbij om de vraag of en hoe de prioriteiten van het Nederlandse strafrechtelijke beleid worden beschermd tegen Europese invloed, om de beleidsvrijheid die Europese strafvorderlijke autoriteiten zelf hebben en om de openbaarheid van en controle op dat beleid. Ik sluit af met de eventuele uitbreiding van de competentie van het EOM met terrorismebestrijding.

Behoud van het opportuniteitsbeginsel

De oprichting van het EOM staat al lange tijd op de Europese agenda, en de Nederlandse regering heeft zich al meermaals uitgelaten over de wenselijkheid van deze nieuwe strafvorderlijke autoriteit. In haar notitie 'Strafrecht en strafprocesrecht in Europees verband' uit 1999, een reactie op het Verdrag van Amsterdam, noemde de regering een aantal criteria voor de beoordeling van nieuwe Europese wetgeving, waaronder voorstellen voor oprichting van het EOM. Een van die criteria was 'behoud van de ruimte voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel zoals dat in de Nederlandse strafvordering vorm heeft gekregen'. Desondanks zag de regering Europese activiteiten op strafrechtelijk terrein niet als een eenzijdige machtsuitoefening die de Nederlandse eigenheid bedreigt. Zij stelde zich voor dat wanneer er op Europees niveau prioriteiten in opsporing en vervolging zouden worden opgesteld, met de nationale prioriteiten rekening gehouden zou worden.⁵

Enkele jaren later stelde de regering in haar bijdrage aan de Europese Conventie 'De Europese strafrechtelijke ruimte' dat de invloed van Europese opsporings- en vervolgingsdiensten, zoals Eurojust, Europol en het EOM, een ongewenst effect zou hebben op het Nederlandse strafrechtelijk beleid: door coördinerend en dwingend optreden van die organisaties wordt de nationale prioriteitstelling en aanwending van opsporings- en vervolgingscapaciteit doorkruist. De intensiteit waarmee het EOM de financiële belangen van de Unie, via de nationale autoriteiten, strafrechtelijk beschermt zou uit de pas kunnen gaan lopen met de op nationaal niveau vastgestelde prioriteiten. Daarom zou het beter zijn als de Europese strafvorderlijke autoriteiten geheel hun eigen strafrechtelijke 'kolom' zouden krijgen, in plaats van de nationale organisaties aan te sturen.⁶

Sindsdien heeft de regering zich niet meer zo uitdrukkelijk uitgelaten over de wenselijkheid van een federaal-Europese strafrechtspleging. Wel is zij blijven terugkomen op de manier waarop nationale strafvorderlijke autoriteiten de vrijheid kunnen behouden om prioriteiten te blijven stellen, voortvloeiend uit het opportuniteitsbeginsel. Dat uitgangspunt kwam ook naar voren in het laatste regeerakkoord.⁷ Daarin werd een streven opgenomen om een besluit te nemen over het moment waarop Nederland zal toetreden tot het EOM. Aan toetreding verbond de regering echter wel een voorwaarde: 'Toetreding zal plaatsvinden onder de voorwaarde dat dit afbreuk doet aan het opportuniteitsbeginsel van het Nederlandse Openbaar Ministerie'. Ongetwijfeld is hier het woord 'geen' weggevalen in de tekst. Als we daar overheen stappen is duidelijk dat de regering aansluit bij de eerdere kabinetsnotities: toetreding tot het EOM mag het opportuniteitsbeginsel niet aantasten.

Parlementaire discussie over opportuniteitsbeginsel en Europa

Ter uitvoering van dit onderdeel van het regeerakkoord is door de regering met beide Kamers overlegd over het voornemen tot toetreding. Niet geheel verrassend is er daarbij aandacht geweest voor de precieze betekenis van de door de regering gestelde voorwaarde.⁸ In het parlementaire debat leek de leidende gedachte omtrent het opportuniteitsbeginsel te zijn dat dit beginsel bepaalt dat het OM is, en wel het Nederlandse OM, dat de zeggenschap heeft over het al dan niet instellen van vervolging.⁹ De Minister van Justitie en Veiligheid heeft een licht afwijkende interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, waar hij erop wijst dat het ook het EOM kan zijn dat het opportuniteitsbeginsel toepast.¹⁰

Van de wijzigingen die de introductie van het EOM in Nederland meebrengt, is de meest discutabele de verandering in de manier waarop opsporings- en vervolgingsbevoegdheden institutioneel zijn verdeeld. Die verdeling van bevoegdheden, waaronder het vervolgingsmonopolie van het OM, hangt samen met het opportuniteitsbeginsel. Ze moeten echter niet met elkaar worden verward. Bij het

opportunitiebeginsel gaat het er primair om dat er de mogelijkheid bestaat om het algemeen belang te betrekken bij de beslissing om al dan niet vervolging in te stellen.¹¹ Het vervolgingsmonopolie kent de uitvoering van de vervolging, en in mindere mate het beslissen over vervolging, toe aan het Openbaar Ministerie. Beide onderwerpen, vervolgingsbevoegdheidsverdeling en opportunitiebeginsel, lopen in de discussie door elkaar heen, en monden uit in een weinig gedifferentieerd standpunt dat in ieder geval de mogelijkheden intact moeten blijven om in Nederland te bepalen naar welke zaken strafvorderlijk onderzoek wordt gedaan. Dat komt duidelijk naar voren in een motie waarin de Eerste Kamer 'de regering [verzoekt] ervoor zorg te dragen dat deelname van Nederland aan het Europees openbaar ministerie niet ten koste gaat van de nationale FIOD/opsporings- vervolgings- en berechtingscapaciteit'.¹²

Beleidsruimte voor het Europees Openbaar Ministerie

In de parlementaire behandeling is minder aandacht geweest voor de vraag in hoeverre het EOM überhaupt over beleidsruimte beschikt, met andere woorden: of het EOM het opportunitiebeginsel kan hanteren bij het beslissen over opsporing en vervolging. De verordening tot oprichting van het EOM¹³ is op dat punt minder verplichtend dan het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie.¹⁴ In de uiteindelijke versie van de verordening dient de gedelegeerde Europese aanklager een ontwerpbesluit op te stellen over 'het al dan niet instellen van een strafvervolging'.¹⁵ Als min of meer alternatieve opties zijn er de verwijzing naar de nationale autoriteiten, de vereenvoudigde afdoening en het sepot. Het ontwerpbesluit dient door de gedelegeerde Europese aanklager naar de toezichthoudende Europese aanklager gestuurd te worden, die de documenten 'indien hij dit nodig acht' samen met zijn eigen documenten naar de permanente kamer stuurt voor verdere besluitvorming.

Dit kan geïnterpreteerd worden als een codificatie van het opportunitiebeginsel, te hanteren door de gedelegeerde Europese aanklager onder toezicht van de toezichthoudende Europese aanklager. Weliswaar refereert de regeling niet uitdrukkelijk aan het algemeen belang als te hanteren criterium, maar de term 'indien hij dit nodig acht' laat veel ruimte voor allerlei gezichtspunten die normaal gesproken bij de toepassing van het opportunitiebeginsel betrokken kunnen worden.

Deze lezing is wellicht in tegenspraak met overweging 81 van de verordening, die luidt: 'Uitgaande van het legaliteitsbeginsel dienen de onderzoeken van het EOM in de regel te leiden tot strafvervolging voor de bevoegde nationale rechter wanneer er voldoende aanwijzingen zijn en er geen wettelijke gronden zijn aan die strafvervolging in de weg staan, en er evenmin een vereenvoudigde strafvervolgingsprocedure is gevolgd. De redenen voor het seponeren van een zaak zijn uitputtend in deze verordening opgesomd.' Daarnaast bepaalt de preambule: 'De beslissing om de verdachte of beklaagde in staat van beschuldiging te stellen dient in beginsel te worden genomen door de bevoegde permanente kamer, op basis van een ontwerpbesluit van de gedelegeerde Europese aanklager, zodat er een gemeenschappelijk strafvervolgingsbeleid is.'¹⁶ Deze overwegingen laten echter ruimte voor afwijking, omdat er steeds 'in beginsel' of 'in de regel' moet worden overgegaan tot strafvervolging. De logische conclusie moet daarom zijn dat in de verordening een negatieve interpretatie van het opportunitiebeginsel is neergelegd, en niet een legaliteitsbeginsel met wettelijke uitzonderingen. De constructie van artikel 35 laat immers ruimte om zelfs bij afwezigheid van gecodificeerde sepotgronden niet tot vervolging over te gaan.

Aanwending van opsporingscapaciteit

Nu het EOM blijkbaar over beleidsruimte beschikt, is de volgende vraag hoe die moet worden aangewend, en vanuit Nederlands perspectief: hoe die zodanig wordt aangewend dat nationale beleidsprioriteiten niet doorkruist worden. In de aanloop naar de parlementaire behandeling van het toetredingsvoornemen van de Nederlandse regering stuurde de Minister van Justitie en Veiligheid daarover een brief naar de Eerste en Tweede Kamer die laat zien hoe de regering dit voor zich ziet.¹⁷ De minister stelt daarbij voorop dat het EOM het opportunitiebeginsel van het Nederlandse OM niet doorkruist, omdat het EOM zelf de vervolging instelt en het Nederlandse OM nergens toe dwingt. Dat laat natuurlijk onverlet dat het EOM andere accenten kan leggen. Daar is echter ook een oplossing voor: 'De deelname van Nederland aan het EOM impliceert bovendien per definitie meer ruimte om binnen deze organisatie – met name op centraal niveau via het College en de Permanente Kamers – invloed uit te oefenen op de ontwikkeling van het vervolgingsbeleid van het EOM en de keuzes die in individuele strafzaken worden gemaakt dan daarbuiten zou bestaan.'

Op dit standpunt van de regering is nogal wat af te dingen. Hopelijk is het ongelukkig geformuleerd, want het is bepaald niet de bedoeling dat de regeringen van de aan het EOM deelnemende landen invloed uitoefenen op de keuzes die in het strafrechtelijk beleid van het EOM worden gemaakt. Krachtens artikel 6 van de verordening moeten de lidstaten de onafhankelijkheid van het EOM respecteren 'en trachten het niet te beïnvloeden bij het vervullen van zijn taken'. Dit raakt de kern van de organisatie. Het EOM is opgericht vanuit de gedachte dat de nationale autoriteiten onvoldoende daadkrachtig optreden tegen fraude en corruptie met EU-gelden, en daarom zouden zij zich ook in het geheel niet moeten mengen in de keuzes die in het strafrechtelijk beleid op dit punt gemaakt worden.

Wellicht moet de brief van de Minister van Justitie en Veiligheid met meer begrip worden gelezen. In de uitwerking van de praktische consequenties van het EOM voor Nederland wordt aangekondigd dat het kabinet graag wil 'dat er tussen het EOM en de betrokken Nederlandse instanties in de praktijk werkbare afspraken worden gemaakt over zaken als prioriteitstelling, onderlinge werkverdeling, gegeven de gedeelde bevoegdheid ten aanzien van EU-fraude zaken, en de inzet van opsporingscapaciteit'. Dat voornemen klinkt al minder verdacht in het licht van de onafhankelijkheid die aan het EOM moet toekomen. Tegelijk legt dit een zwak punt van het ontwerp van het EOM bloot: de verordening voorziet niet in verplichtingen voor de lidstaten om opsporingscapaciteit ter beschikking te stellen aan het EOM, dat slechts een beperkt eigen opsporingsapparaat krijgt en daarom op de nationale opsporingsinstanties is aangewezen. De lidstaten behouden daarmee de mogelijkheid om de taakuitoefening van het EOM aan banden te leggen, zij het dat dit vooral een sturingsmechanisme is dat het functioneren van het EOM in algemene zin kan beïnvloeden.¹⁸ Misschien dat in sommige lidstaten de neiging ontstaat om zaken van fraude en corruptie met EU-gelden, die politiek gevoelig kunnen liggen, te verlammen door de beschikbare opsporingscapaciteit te minimaliseren. Of dat zich zal voordoen moet worden afgewacht.

Openbaarheid van beleid

Het EOM heeft ook gevolgen voor het opportuniteitsbeginsel die minder betrekking hebben op de feitelijke verdeling van capaciteit. Hoe worden bijvoorbeeld de gekozen prioriteiten in beleid vormgegeven, en in hoeverre is dat EOM-beleid openbaar? En kunnen die beleidsregels, in geval dat in afwijking daarvan vervolging wordt ingesteld, met succes worden tegengeworpen aan het EOM?¹⁹ De regelingen in de uiteindelijke oprichtingsverordening blinken op dat punt nog niet uit in helderheid.

De openbaarheid van het EOM-beleid is met name van belang nu de democratische controle op het EOM slechts mogelijk is via disciplinaire wegen en niet door parlementaire controle op zijn optreden. Er is geen lid van de Europese Commissie dat ter verantwoording geroepen kan worden over het optreden van het EOM. Wel dient de Europese hoofdaanklager te verschijnen voor de Raad, het Europees Parlement en desgewenst de nationale parlementen om verslag uit te brengen over het algemene optreden van het EOM.²⁰ Het wordt interessant hoe die gedachtewisselingen zullen verlopen, en in hoeverre aan de Europese hoofdaanklager verzoeken zullen worden gedaan om bepaalde prioriteiten anders te leggen. Dat valt mijns inziens zeker niet uit te sluiten bij parlementen die gewend zijn de Minister van Justitie en Veiligheid ter verantwoording te kunnen roepen voor het functioneren van het nationale Openbaar Ministerie. Die parlementen zullen moeten beseffen dat de juridische werkelijkheid van het EOM een andere is. Hoewel de verordening erin voorziet dat de Europese hoofdaanklager voor zowel het Europees Parlement als de nationale parlementaire verschijnt, is slechts de informatievervalsing aan het Europees Parlement, de Raad en de Commissie aangeduid als het afleggen van verantwoording, en bovendien is dat beperkt tot het algemeen optreden.²¹ Voor de Nederlandse context betekent dat, dat met name de betrokkenheid van het Nederlandse parlement op gespannen voet kan komen te staan met de onafhankelijkheid van het EOM, zoals gewaarborgd in artikel 6 lid 1. Het parlement zal zich daarom terughoudender moeten opstellen tegenover het EOM dan tegenover de Minister van Justitie en Veiligheid als verantwoordelijke voor het beleid van het Nederlandse OM

Besluit: de toekomst van het Europees Openbaar Ministerie

Onlangs heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan tot uitbreiding van de bevoegdheden van het Europees Openbaar Ministerie met grensoverschrijdende terroristische misdrijven. Dit roept vragen op, zeker omdat de nationale autoriteiten niet de indruk wekken de bestrijding van terroristische misdrijven niet voortvarend aan te pakken. Een parallel met de bestrijding van fraude en corruptie met EU-gelden, de reden voor oprichting van het EOM, ontbreekt. Het EOM, zoals het nu is opgericht, is ontworpen om nationale terughoudendheid in opsporing en vervolging te doorbreken. Bijgevolg zal men eerst goed moeten nadenken of de instantie daardoor niet ongeschikt is om ingezet te worden voor de bestrijding van terrorisme. Aan de andere kant is er bij terrorismebestrijding veel minder sprake van uiteenlopende belangen. Ook zullen relatief weinig terrorismezaken worden geseponneerd, zodat het praktische verschil tussen een nationaal opportuniteitsbeginsel en de beperktere beleidsruimte van het EOM minder groot is.

Deze denkrichting is waarschijnlijk niet geheel reëel: bij terrorismebestrijding is het ook relevant dat er in onderlinge samenwerking gevoelige informatie gedeeld moet worden, dat waardevolle bronnen beschermd moeten blijven, en dat nationale autoriteiten en het EOM toch kunnen verschillen in de inschatting van het gevaar van een bepaalde terroristische groepering. De uitbreiding van de competentie van het EOM met deze vorm van criminaliteit is dus ook niet zonder problemen. Maar vanuit de grondgedachte waarmee het EOM is opgericht zullen er waarschijnlijk minder spanningen te verwachten zijn die te maken hebben met opportuniteitsbeslissingen en de controle daarop.

Voorlopig steunt de Nederlandse regering het voorstel om de competentie van het EOM uit te breiden niet.²² Of die uitbreiding er uiteindelijk zal komen is wellicht niet de goede vraag. Zodra een organisatie eenmaal bestaat en succesvol functioneert is het vooral een kwestie van tijd voordat de taken ervan worden uitgebreid, zoals te zien is in de ontwikkeling die Eurojust²³ en Europol²⁴ hebben doorgemaakt. Wellicht groeit het EOM uit tot een Europese vervolgingsautoriteit voor alle vormen van ernstige criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie, zoals artikel 86 lid 4 VWEU mogelijk maakt. Tegen die tijd zou het mooi zijn als het juridisch kader waarin het opereert zodanig is uitgekristalliseerd dat het helder is over welke beleidsvrijheid het beschikt, op welke wijze het beleid tot stand brengt, hoe het daarover verantwoording aflegt, en hoe er in de verhouding met de deelnemende lidstaten wordt omgegaan met het toewijzen van opsporingscapaciteit. Als die kwesties zijn opgehelderd in de taakuitoefening van het EOM op het terrein van de bestrijding van fraude en corruptie met EU-gelden, kan de materiële competentie van het EOM worden uitgebreid in het vertrouwen dat er strafrechtelijk beleid wordt gevoerd dat inzichtelijk is, verantwoord, en niet het resultaat van onderlinge competentiestrijd.

Mr. dr. W. Geelhoed

is universitair docent straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

VOETNOTEN

1) *PbEU* 2017, L 283/1.

2) Daarover onder andere: L. Bachmaier Winter (red.), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Cham: Springer 2018.

3) *Kamerstukken II* 2017/18, 33709, 15.

4) Zie daarover nader <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eppo/>.

5) *Kamerstukken II* 1998/99, 26656, 1, p. 6.

6) Bijlage bij brief van 9 mei 2003, kenmerk DIE-259/03.

7) Regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst', p. 50, te vinden op <https://www.kabinetformatie2017.nl/>.

8) *Handelingen I* 2017/18, 25, p. 25-7-1 – 25-7-36.

9) Zie bijv. *Handelingen I* 2017/18, 25, p. 6, 7, 16.

- 10) *Handelingen I* 2017/18, 25, p. 16.
- 11) W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 183-247.
- 12) *Kamerstukken I* 33709, A-G.
- 13) *PbEU* 2017, L 283/1.
- 14) COM(2013) 534, met name overweging 20 en 31 en art. 27 en 28.
- 15) *PbEU* 2017, L 283/1, artikel 35.
- 16) Overweging 78.
- 17) *Kamerstukken I* 2017/18, 33709, AE; *Kamerstukken II* 2017/18, 33709, 14.
- 18) Daarover W. Geelhoed, 'Een Europees Openbaar Ministerie, het opportuniteitsbeginsel en de theorie van *dédoublement fonctionnel*', *Strafblad* 2010, p. 246-256.
- 19) Zie daarover Commissie Meijers, 'Note Meijers Committee on the proposed Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office', COM(2013) 534 final, 25 september 2013, te vinden op <https://www.commissie-meijers.nl>.
- 20) *PbEU* 2017, L 283/1, artikel 7.
- 21) *PbEU* 2017, L 283/1, artikel 6 lid 2.
- 22) *Kamerstukken II* 2018/19, 22112, 2707.
- 23) Bij besluit opgericht in 2002 (*PbEG* 2002, L 63/1). Later heeft Eurojust onder andere de mogelijkheid gekregen van coördinatie op oproepbasis en is de positie van de nationale leden versterkt (*PbEU* 2009, L 138/14). Onlangs is een verordening aangenomen die deze instrumenten vervangt. Deze nieuwe verordening bakent de taken van Eurojust ten opzichte van het EOM af, maar versterkt Eurojust zelf ook door de bestuursstructuur slagvaardiger te maken en een intensievere gegevensuitwisseling tussen Eurojust en de lidstaten mogelijk te maken (nog te verschijnen in het *Publicatieblad*).
- 24) Bij ministeriële overeenkomst 1993 in Kopenhagen opgezet als de 'Europol Drugs Unit'. Later is de grondslag gewijzigd in een overeenkomst op grond van artikel K.3 (oud) VEU (*PbEG* 1995, C 316/1, waardoor Europol de bevoegdheid kreeg een gemeenschappelijke inlichtingendatabase te onderhouden. Het Europolbesluit (*PbEU* 2009, L 121/37) gaf Europol meer mogelijkheden om nationale autoriteiten te ondersteunen bij hun opsporingstaken, onder andere doordat het voor die ondersteuning niet langer nodig was dat dit gebeurde ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit. De Europolverordening (*PbEU* 2016, L 135/53) verving dit juridisch kader en bracht meer bevoegdheden voor terrorismebestrijding, waaronder mogelijkheden voor een Internet Referral Unit die rechtstreeks aan internetproviders vraagt om terroristische inhoud offline te halen.